

LICENCIA DE CONSTRUCCION – Naturaleza jurídica. Revocatoria por no estar acorde con las normas del Plan de Ordenamiento Territorial

Las decisiones de los curadores en ejercicio de la función administrativa tienen carácter de acto administrativo. En efecto, la descentralización por colaboración implica que el particular que desempeña la tarea que originalmente le competía al Estado la ejerza con todas las consecuencias que ello implica. En este sentido la Sala encuentra fundado el argumento de la Curadora Primera de Santiago de Cali, que en la apelación manifiesta oponerse a que se interprete que la acción incoada por la entidad demandante fue la de lesividad, ya que como se explicó esta acción es la que invoca una entidad contra su propio acto administrativo y, tal y como puede sostenerse sin ambages, en este caso el Municipio de Santiago de Cali está demandando un acto proferido por la Curadora Urbana No. 1. Con todo, se trata del ejercicio de la acción de nulidad que una entidad pública ejerce contra un acto administrativo proferido por un particular que cumple funciones públicas. La Sala advierte que al haberse expedido por la Curaduría Urbana 1 de Santiago de Cali la Licencia de Construcción No. CU1 – 0493 que autorizó a los señores Jorge Enrique Álvarez Pinzón y María Cristina Castañeda la construcción de un edificio constante de cuatro (4) pisos destinado a vivienda multifamiliar, edificación esquinera levantada sobre el predio ubicado en la Calle 3 Oeste No. 34-15, ubicada al frente del parque del Perro o del Corazón, se contraría lo previsto en el artículo 181 parágrafo del Acuerdo 069 de 2000, Plan de Ordenamiento Territorial de la ciudad. Así las cosas habrá lugar a declarar la nulidad parcial de la licencia de construcción en cuanto se otorgó para construir cuatro pisos y no tres, como lo establece el Plan de Ordenamiento Territorial de la ciudad de Cali, por encontrarse ubicado frente al recinto denominado Parque del Perro.

FUENTE FORMAL: ACUERDO 69 DE 2000 / DECRETO 1052 DE 1998 – ARTICULO 83

NOTA DE RELATORIA: Naturaleza jurídica de las Curadurías, Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 1650 de 2 de junio de 2005, MP. Gustavo Aponte Santos.

NORMA DEMANDADA: RESOLUCION CU1 – 0439 DE 2002 CURADURIA URBANA NUMERO 1 DE SANTIAGO DE CALI (Anulado parcialmente).

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA

Consejero ponente: MARCO ANTONIO VELILLA MORENO

Bogotá, D.C., veintiocho (28) agosto de dos mil catorce (2014)

Expediente número: 76001-23-31-000-2004-02807-01

Actor: MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI

Demandado: CURADURIA URBANA NUMERO 1 DE SANTIAGO DE CALI

Referencia: APELACION SENTENCIA – ACCION DE NULIDAD

Habiéndose derrotado el proyecto inicial presentado por el despacho a cargo del Consejero Guillermo Vargas Ayala, procede la Sala a resolver los recursos de apelación oportunamente interpuestos por los apoderados de la Curadora Urbana No. 1 de Santiago de Cali y los señores Jorge Enrique Álvarez Pinzón y María Cristina Castañeda contra la sentencia de 19 de febrero de 2010, mediante la cual el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca accedió a las pretensiones de la demanda.

I. LA DEMANDA

I.1.- Pretensiones

En ejercicio de la acción establecida en el artículo 84 del C.C.A., el municipio de Santiago de Cali solicitó al Tribunal Administrativo del Valle del Cauca que se declarara la nulidad del acto administrativo contenido en la Resolución No. C. U. 1. 0493 de 22 de agosto de 2002, *“Por medio de la cual se expide una licencia de construcción para desarrollar un proyecto de construcción nueva”*.

Aunado a lo anterior, pidió que se restableciera el orden jurídico, específicamente en lo relacionado con el número de pisos permitidos para edificaciones construidas en la zona para la cual se emitió la licencia.

I.2.- Hechos

Los hechos narrados mezclan indistintamente apreciaciones de tipo jurídico que realiza el actor, con los antecedentes que dieron lugar a la expedición del acto acusado.

Se afirma por la parte actora que los ciudadanos Jorge Enrique Álvarez Pinzón y María Cristina Castañeda Trujillo solicitaron ante la Curaduría Urbana No 1 de Santiago de Cali se expidiera a su favor licencia de construcción para adelantar un nuevo proyecto de construcción.

En atención a dicha solicitud, la Curaduría Urbana No 1 mediante la Resolución No. CU1 – 0493 de 22 de agosto de 2002, accedió a la petición de los referidos ciudadanos y otorgó la licencia de construcción para el predio con matrícula inmobiliaria No. 370-122732 ubicado en la calle 3 Oeste No. 34-15 del Barrio San Fernando en la ciudad de Santiago de Cali.

Otorgada la licencia, algunas personas manifestaron su desacuerdo con la construcción que empezó a levantarse en dicho terreno, en tanto que consideraban que la misma desconocía el Plan de Ordenamiento Territorial del Municipio aprobado mediante Acuerdo No. 069 de 26 de octubre de 2000.

En vista de lo anterior, la Alcaldía Municipal inició las indagaciones pertinentes a fin de establecer el soporte legal de la licencia de construcción y el cumplimiento del POT, las cuales lo llevaron a demandar ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa el acto mediante el cual ésta fue concedida.

I.3.- Normas violadas y concepto de la violación

La parte demandante considera que con la expedición del acto acusado se permitió la construcción de un edificio de cuatro (4) pisos, cuando el artículo 181 del Plan de Ordenamiento Territorial –POT, limita a tres (3) los pisos que se pueden levantar en un terreno como el afectado con la licencia de construcción en cuestión.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

II.1.La Curadora Urbana No. 1 de Santiago de Cali.

Contestó en tiempo la demanda con el argumento de que si bien el artículo 181 del Acuerdo 069 de 2000, Plan de Ordenamiento Territorial adoptado para la ciudad de Santiago de Cali, prescribe que para los predios que se encuentren ubicados en frente de bienes inmuebles recintos, tal y como lo es el “Parque del Perro o del Corazón”, deben tener un máximo de 3 pisos, también lo es, que dicha norma prescribe que las licencias de construcción deben ser expedidas atendiendo la línea de demarcación que para dichos efectos ha establecido la autoridad competente.

Fue la Secretaría de Gobierno, Convivencia y Seguridad del Municipio, la entidad que expidió la línea de demarcación No. 1931 de abril 11 de 2002 y en ninguno de sus apartes previno a la Curadora para que otorgara la licencia teniendo en cuenta la limitación contenida en el artículo 181 del POT, lo que significa que ésta fue proferida sin que se cometiera irregularidad alguna.

A ello agregó que el predio no se encuentra al frente del “Parque del Perro” ya que la fachada se ubica hacia la calle 3 Oeste y no hacia la carrera 34.

Propone la excepción de indebida escogencia de la acción, en cuanto el municipio presentó la demanda en ejercicio de la acción de nulidad consagrada en el artículo 84 del C.C.A., cuando debió hacer uso de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho prevista en el artículo 85 del mismo ordenamiento.

En consecuencia, además, al ser la acción de nulidad y restablecimiento del derecho la adecuada para controvertir el acto demandado, la misma se encontraba caducada ya que habían transcurrido más de 4 meses entre el momento en que la demandante conoció el acto administrativo y la presentación de la demanda.

II.2. Los terceros interesados.

Los ciudadanos Jorge Enrique Álvarez Pinzón y María Cristina Castañeda Trujillo, en su calidad de terceros interesados, contestaron la demanda por intermedio de apoderado judicial, recurriendo a los siguientes argumentos:

De proferirse la nulidad pretendida por el municipio, se debe agregar como pretensión la indemnización de perjuicios ocasionados a los propietarios del inmueble.

Existe una indebida escogencia de la acción habida cuenta de que la acción que debió ejercer el municipio fue la de nulidad y restablecimiento del derecho que ya se encuentra caducada.

Finalmente, alega la violación al debido proceso porque en el trámite administrativo que concluyó con la decisión de demandar la licencia de construcción, la Administración no vinculó a los afectados con el acto demandado.

III. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia calendada el 19 de febrero de 2010, el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca accedió a las pretensiones de la demanda con fundamento en los argumentos que se pasan a sintetizar así:

Para el *a quo*, la excepción de indebida escogencia de la acción planteada por la parte demandada y los terceros interesados carece de fundamento debido a que el acto administrativo demandado es un acto de contenido particular y concreto y su eventual nulidad, comprende el restablecimiento automático del derecho, situación que, acompañada con la aplicación de la denominada teoría de los motivos y finalidades, permite concluir que la acción procedente era la contemplada en el artículo 85 del C.C.A.

En ese sentido, si bien el actor acude a la acción de nulidad, la pretensión se interpreta en el sentido que la acción es la de nulidad y restablecimiento del derecho, interpretación que encuentra sustento además en la prevalencia del derecho sustancial y en el principio de *iura novit curia*.

Frente a la excepción de caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, establece que ésta no es la de 4 meses planteada por el actor sino la de 2 años propia de la acción de lesividad, ya que se trata de la demanda que promueve el municipio de Santiago de Cali contra su propio acto administrativo y la cual fue presentada dentro del término.

Respecto de la supuesta violación del debido proceso propuesta por los terceros interesados, estima no es procedente dado que ese argumento no se encuentra dirigido a probar la legalidad del acto demandado, ni fue acompañado de las pruebas que permitieran llegar a demostrar la transgresión alegada.

En relación con la legalidad del acto demandado, el Tribunal de instancia encontró probado que la Curadora Urbana No. 1 de Santiago de Cali expidió la Resolución No. CU1-0493, mediante la cual se autorizó a los señores Jorge Enrique Álvarez Pinzón y María Cristina Castañeda la construcción de un edificio de 4 pisos en el predio esquinero ubicado en la calle 3 Oeste No. 34-15 frente al "Parque del Perro", decisión con la que se desconoció el artículo 181 del Acuerdo 069 de 2000, que limita la construcción a tres pisos en los predios ubicados al frente de

dicho parque.

En estos términos, declara la nulidad de la resolución acusada y ordena al Alcalde Municipal de Santiago de Cali adelantar las actuaciones del caso para imponer las sanciones urbanísticas y restablecer el patrimonio urbanístico de la ciudad de conformidad con los artículos 103 y siguientes de la Ley 388 de 1997.

IV. LOS RECURSOS DE APELACIÓN

IV.1. De la Curadora Urbana No. 1 de Santiago de Cali

La Curadora Urbana manifiesta su inconformidad con el fallo de primera instancia, en cuanto estima incurre en contradicción al sostener, de una parte, que la acción procedente era la de nulidad y restablecimiento del derecho, cuando la ejercida por el actor fue la de nulidad simple, sin que ello conlleve a la prosperidad de la excepción de indebida escogencia de la acción.

Reitera que la licencia de construcción objeto de la pretensión de nulidad se dictó conforme con la línea de demarcación No. 1931 de abril 11 de 2002, que en ninguno de sus apartes advirtió sobre la limitación urbanística de los 3 pisos de altura, lo que demuestra que el acto acusado fue proferido con apego a la ley.

Advierte que la caducidad de la acción se encuentra demostrada en el proceso, ya que si se admite que la acción impetrada es la de nulidad y restablecimiento del derecho, ella se interpuso con posterioridad a los 4 meses siguientes a que el Municipio conoció del acto; lo anterior, teniendo en cuenta que éste le fue remitido durante los 5 días siguientes a su expedición y que si bien el demandante no allegó la constancia de su ejecutoria, el término se encuentra más que excedido en tanto que la demanda se presentó pasado más de un año de la expedición de la decisión administrativa.

En concordancia con lo anterior, se muestra en desacuerdo con que se estime el término de caducidad en 2 años ya que éste es propio de la acción de lesividad que no fue la acción ejercida en este asunto, toda vez que el municipio no está demandando su propio acto sino el de otra persona distinta, esto es, un particular que cumple funciones administrativas.

Finalmente, sostiene que de prosperar la nulidad ésta debe ser parcial ya que la irregularidad alegada por el actor se refiere a que la edificación tenga 3 pisos y no 4, de manera que el restablecimiento del derecho también debe dirigirse a esa petición, ajustando la edificación a la norma urbanística, sin que sea necesario afectarla en su totalidad.

IV.2. Los terceros interesados.

Interpusieron el recurso de apelación mostrándose en desacuerdo con la interpretación que de la demanda hiciera el Tribunal para tramitarla como de nulidad y restablecimiento del derecho, ya que no es cierto que el principio de *iura novit curia* aplique en el presente caso.

Reiteran que el Municipio violó el debido proceso de los terceros interesados en la actuación administrativa que terminó con la solicitud de revocatoria del acto demandado, ya que no fueron llamados para ser escuchados.

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La parte actora no presentó alegatos de conclusión.

Los terceros interesados guardaron silencio en esta etapa del proceso.

VI.- CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Público no rindió concepto en esta etapa procesal.

VII.- CONSIDERACIONES DE LA SALA:

VII.1. El acto acusado

Lo es la "RESOLUCIÓN No. CU1 -0483 de Año 2002 Mes 08 Día 22

"POR MEDIO DE LA CUAL SE EXPIDE UNA LICENCIA DE CONSTRUCCIÓN PARA DESARROLLAR UN PROYECTO CONSTRUCCIÓN NUEVA."

Expedida por el Curador Urbano Número Uno de Santiago de Cali, en uso de las facultades consagradas en el Decreto Ley 2150 de 1995, Ley 388 de 1997 y Decreto 1052 de 1998, y

CONSIDERANDO:

QUE EL SEÑOR (A) (ES) JORGE ENRIQUER ALVAREZ PINZÓN, MARÍA CRISTINA CASTAÑEDA TRUJILLO PRESENTÓ SOLICITUD DE LICENCIA DE CONSTRUCCIÓN RADICADA BAJO EL 6631-0 DE AÑO 2002 MES 06 DIA 19.

QUE HECHA LA COMUNICACIÓN DE LA SOLICITUD DE LA LICENCIA A LOS VECINOS, NO SE PRESENTARON OBJECIONES.

QUE REVISADO LOS DOCUMENTOS EXIGIDOS PARA LA EXPEDICIÓN DE LA LICENCIA SOLICITADAY VERIFICADO EL CUMPLIMIENTO DE LAS NORMAS URBANÍSTICAS Y ARQUITECTÓNICAS DEL ESTATUTO DE USOS DEL SUELO DE SANTIAGO DE CALI (ACUERDOS 30 DEL 21 DE DICIEMBRE DE 1993 Y 10 DEL 15 DE DICIEMBRE DE 1994) ES PROCEDENTE SU OTORGAMIENTO.

QUE EN MÉRITO DE LO EXPUESTO

RESUELVE:

ARTICULO 1. CONCEDER LICENCIA DE CONSTRUCCIÓN PARA DESARROLLAR UN PROYECTO DE CONSTRUCCIÓN NUEVA DENOMINADO: VIVIENDA MULTIFAMILIAR

AL SEÑOR (A) (ES) JORGE ENRIQUE ALVAREZ PINZÓN, MARIA CRISTINA CASTAÑEDA TRUJILLO.

IDENTIFICADO CON CC79.232.327 DE SUBA PARA EL PREDIO No. G-068001

MAT. INMOBILIARIA No.370-122732 DEL BARRIO O URBANIZACIÓN SAN FERNANDO UBICADO EN (DIRECCIÓN O COORDENADAS) CALLE 3 OESTE No. 34-15 CON VIGENCIA DE 24 MESES, PRORROGABLES POR UNA VEZ POR 12 MESES ADICIONALES CONTADOS A APARTISR DE LA FECHA DE SU EJECUTORIA. LA SOLICITUD DE PRÓRROGA DEBERÁ FORMULARSE DENTRO DE LOS TREINTA (30) DÍAS ANTES DEL VENCIMIENTO.

ARTÍCULO 2. PARA LA CORRECTA APLICACIÓN DE LAS DISPOSICIONES QUE SE ESTABLECEN EN LA PRESENTE RESOLUCIÓN, SE TENDRÁ EN CUENTA LA SIGUIENTE INFORMACIÓN BÁSICA:

LÍNEA DE DEMARCACIÓN O ESQUEMA BÁSICO No. 1931 DE AÑO 2002 MES 04 DIA 11.

AREA DE ACTIVIDAD RP.- TRATAMIENTO P.A.M. ESTRATO 5 COMUNA 19

ARQUITECTO SAHID ABUD MITTRI MATRICULA NO. 30028

CONSTRUCTOR RESPONSABLE: SAHID ABUD MITTRI MAT. NO. 30028

| USO GENERAL | USO ESPECÍFICO | CANTIDAD DE UNIDADES SEGÚN USO GENERAL | | | | ÁREA MTS ² |
|-------------|----------------|--|-------|-------|--------------------------------|-----------------------|
| | | CANTIDAD ESTACIONAMIENTOS ANTIGUA | NUEVA | TOTAL | PARTICULAR VIS. INT. VIS. EXT. | |
| VIVIENDA | MULTIFAMILIAR | 5 | 5 | 5 | / | 539.86 |

ÁREAS DE CONSTRUCCIÓN

| A L T U R A | CANTIDAD | | A R E A | 5ª piso Pisos Superiores 0 Sótanos 0 Semisótanos 0 Pisos inferiores 0 Total Construida 639.86 |
|----------------------------|-----------|-------------|---|---|
| | EDIFICIOS | PISOS/EDIF. | | |
| | 1 | 4 | Del lote 212 Libre 93.4 1er. Piso 118.6 2º Piso 140.42 3er Piso140.42 4º Piso 140.42 | |

OBSERVACIONES Y PARAMENTOS

PARAMENTOS POR CALLE 3 OESTE SE ENCUENTRA EN LÍNEA, ANTEJARDÍN DE 3.50 MTS ANDÉN DE 3.50 MTS. VÍA DE 14.70 MTS.

PRESENTÓ COPIA DE LA DECLARACIÓN PRIVADA DEL IMPUESTO DE DELINEACIÓN FORMULARIO No. 0000832 DEBIDAMENTE CANCELADA.

ARTICULO 3 LA INICIACIÓN DE LAS OBRAS PODRÁ EFECTUARSE UNA VEZ EJECUTORIADO EL PRESENTE ACTO ADMINISTRATIVO, QUE SERÁ CUANDO SE CULMINE EL PROCESODE

NORTIFICACIÓN DE VECINOS Y SE RESUELVAN LOS RECURSOS DE REPOSICIÓN Y DE APELACIÓN QUE SE PRESENTEN.

ARTÍCULO 4. OBLIGACIONES DEL URBANIZADOR Y CONSTRUCTOR RESPONSABLE (...)

NOTAS: - LOS PLANOS APROBADOS Y LA INFORMACIÓN CONSIGNADA FORMAN PARTE INTEGRAL DE LA LICENCIA.

-LA CURADURÍA URBANA UNO DE SANTIAGO DE CALI NO ASUME RESPONSABILIDAD ALGUNA POR LA INOBSERVANCIA DE LO EXPUESTO EN ESTA RESOLUCIÓN Y DE LAS QUE DE ELLAS SE DERIVEN.

ARTÍCULO 5.- CONTRA EL PRESENTE ACTO PROCEDEN LOS RECURSOS DE REPOSICIÓN ANTE EL SUSCRITO CURADOR URBANO UNO Y EL DE APELACIÓN ANTE EL SECRETARIO DE ORDENAMIENTO URBANÍSTICO DE SANTIAGO DE CALI.” Original firmado María Elena Castro de Ramírez.

VII.2. Competencia

De conformidad con lo establecido en el artículo 357 del C. C. A., que regula la competencia del superior cuando decide el recurso de apelación, ésta “se entiende interpuesta en lo desfavorable al apelante, y por lo tanto el superior no podrá enmendar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso, salvo que en razón de la reforma fuere indispensable hacer modificaciones sobre puntos íntimamente relacionados con aquélla. Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones”. En el presente caso, como el recurso de apelación fue interpuesto por la Curadora No. 1 de Santiago de Cali y los terceros interesados, la Sala se pronunciará sobre los argumentos esbozados por las partes intervinientes en el proceso, sin limitación alguna respecto de las pretensiones de la demanda.

VII.3. El caso concreto

Los apelantes manifiestan su desacuerdo con la sentencia de primera instancia en la forma como el Tribunal resolvió las excepciones planteadas de “indebida escogencia de la acción y caducidad de la misma”.

Corresponde a la Sala, en estos términos dilucidar: i) la naturaleza jurídica de la licencia de construcción y la procedencia de la acción de simple nulidad, ii) la legitimación del municipio de Santiago de Cali para promover la demanda en ejercicio de la acción de nulidad y, iii) La legalidad de la licencia de construcción.

i) La naturaleza jurídica de la licencia de construcción y la procedencia de la acción.

Para analizar este cuestionamiento resulta necesario determinar la naturaleza jurídica de la Licencia de Construcción otorgada a particulares determinados y la posibilidad de ser demandado el acto que la contiene en ejercicio de la acción de simple nulidad.

El acto demandado, Resolución CU1 – 0439 de 2002 concedió licencia para la construcción de obra nueva. Esta manifestación de la Administración constituye un acto de contenido particular y concreto en tanto comporta la autorización que se otorga a unos particulares para que desarrollen una obra privada o construcción en un inmueble determinado, que crea una situación jurídica concreta y vinculante para el administrado, lo que da lugar, en principio, a promover en su contra la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

De otra parte la Sala observa que la función de Curaduría Urbana, es una función pública que se ejerce por un particular al que la Ley expresamente le ha concedido dicha facultad, de conformidad con el artículo 210 de la Carta Política. En ese sentido, el artículo 101 de la Ley 388 de 1997 modificado por el artículo 9 de la Ley 810 de 2003, establece que el Curador es un particular encargado de expedir licencias de parcelación, urbanismo, construcción, demolición, y para el loteo o subdivisión de predios según sea el caso. La naturaleza jurídica de las curadurías así definida ha sido reiterada por la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación que sobre el particular ha conceptuado:

“La ley 810 de 2003, en el artículo 9º, por el cual se modificó el artículo 101 de la ley 388 de 1997, define que el curador urbano es el encargado de estudiar, tramitar y expedir licencias de parcelación, urbanismo, construcción o demolición, loteo o subdivisión de predios en las zonas o áreas del municipio o distrito. Si bien es cierto, la figura del curador se concibió en el derecho urbano como un particular encargado de dar fe acerca del cumplimiento de las normas urbanísticas y de edificación vigentes en los distritos o municipios y de expedir las licencias de urbanismo o de construcción a solicitud de parte, también lo es que el ejercicio de esa función pública está directamente relacionada con el medio ambiente, en tanto, las decisiones tomadas por el curador tienen un impacto en el entorno urbano ambiental, y están subordinadas al interés público y

eventualmente afectan bienes enmarcados en el dominio eminente del estado o bienes de uso público.”¹

Por lo dicho, las decisiones de los curadores en ejercicio de la función administrativa tienen carácter de acto administrativo. En efecto, la descentralización por colaboración implica que el particular que desempeña la tarea que originalmente le competía al Estado la ejerza con todas las consecuencias que ello implica.

En este sentido la Sala encuentra fundado el argumento de la Curadora Primera de Santiago de Cali, que en la apelación manifiesta oponerse a que se interprete que la acción incoada por la entidad demandante fue la de lesividad, ya que como se explicó esta acción es la que invoca una entidad contra su propio acto administrativo y, tal y como puede sostenerse sin ambages, en este caso el Municipio de Santiago de Cali está demandando un acto proferido por la Curadora Urbana No. 1. Con todo, se trata del ejercicio de la acción de nulidad que una entidad pública ejerce contra un acto administrativo proferido por un particular que cumple funciones públicas.

ii) La legitimación del municipio de Santiago de Cali para promover la demanda en ejercicio de la acción de nulidad.

Sobre el ejercicio de la acción de nulidad respecto de actos de contenido particular y concreto ha dicho la Sala Plena de esta Corporación ²

"Estima la Sala que además de los casos expresamente previstos en la ley, la acción de simple nulidad también procede contra los actos particulares y concretos cuando la situación de carácter individual a que se refiere el acto, comporte un especial interés, un interés para la comunidad de tal naturaleza e importancia, que vaya aparejado con el afán de legalidad, en especial cuando se encuentre de por medio un interés colectivo o comunitario, de alcance y contenido nacional, con incidencia trascendental en la economía nacional y de innegable e incuestionable proyección sobre el desarrollo y bienestar social y económico de gran número de colombianos. De otra parte, el criterio jurisprudencial así aplicado, habrá de servir como de control jurisdiccional frente a aquellos actos administrativos que no obstante afectar intereses de particulares, por su contenido y trascendencia impliquen, a su vez, el resquebrajamiento del orden jurídico y el

¹ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto No. 1650 de 2 de junio de 2005. C. P. Gustavo Aponte Santos.

² Ver sentencia de octubre 29 de 1996, con ponencia del Consejero DANIEL SUAREZ HERNÁNDEZ.

desmejoramiento del patrimonio económico, social y cultural de la Nación".

En la sentencia C-426 de 29 de mayo de 2002, la Corte Constitucional consideró que en aras de garantizar el restablecimiento de la legalidad en abstracto, procede la acción de nulidad contra actos de contenido particular, al precisar:

"Bajo este entendido, consultando el espíritu de la Constitución y de la ley, se tiene que la acción de simple nulidad procede contra todos los actos administrativos, generales y particulares, cuando la pretensión es únicamente la de tutelar el orden jurídico, caso en el cual la competencia del juez se limita a decretar la simple anulación sin adicionar ninguna otra declaración, pese a que con el retiro del acto impugnado eventualmente se restablezcan derechos o se ocasionen daños al actor o a terceros (...)".

De otra parte, la Constitución Política garantiza la prevalencia del interés general sobre el particular y al respecto ha señalado la Corte Constitucional la necesidad de armonizar éste con los intereses individuales en caso de conflicto, al precisar:

"Es precisamente el carácter jurídicamente abstracto e indeterminado del concepto de interés general, lo que ha llevado a que las constituciones liberales modernas consideren la necesidad de armonizarlo con los derechos individuales y con el valor social que tiene la diversidad cultural. Por ello, constituye un requisito indispensable para la aplicación de la máxima de la prevalencia del interés general, que el operador jurídico analice minuciosamente las particularidades de cada caso, intente armonizar el interés general con los derechos de los particulares y, en caso de no ser posible, lo pondere teniendo en cuenta la jerarquía de valores propia de la Constitución³."

Frente al caso en estudio, la Sala considera que si bien la Licencia de Construcción es un acto de contenido particular y concreto en cuanto genera efectos vinculantes a particulares determinados pero si con su expedición se afecta el ordenamiento jurídico en abstracto, resulta viable promover la acción de simple nulidad con miras a establecer si se ajustó a las disposiciones urbanísticas previstas por el Plan de Ordenamiento Territorial, con miras a garantizar el interés general.

Como el objeto de la presente demanda radica únicamente en la tutela del orden jurídico en abstracto, en aras de garantizar el interés general, el Alcalde de Santiago de Cali estaba legitimado para promover la acción de simple nulidad

³Ver sentencia C-053 de 2001.

contra la licencia de construcción contenida en la Resolución CU1 – 0493 de 2002, expedida por la Curaduría Urbana 1 de Santiago de Cali⁴.

En estos términos, como la acción ejercida por el municipio de Santiago de Cali es la de nulidad, dada su naturaleza pública tiene por objeto restablecer el ordenamiento jurídico en abstracto, carece de término de caducidad y por ende, podía promoverse en cualquier tiempo.

Así las cosas, las excepciones planteadas por los apelantes de indebida escogencia de la acción y caducidad de la misma no están llamadas a prosperar.

iii) La legalidad de la licencia de construcción.

En el presente caso la parte actora cuestiona la legalidad de la licencia de construcción contenida en la Resolución CU1 -043 de 2002, por cuanto se desconocen las disposiciones contenidas en el Plan de Ordenamiento Territorial para el municipio de Santiago de Cali, Acuerdo 069 de 2000.

Tratándose de una licencia de construcción, el artículo 83 del Decreto 1052 de 1998, vigente para la época de los hechos, establece que para efectos de ejercer la facultad de vigilancia y control el curador que emita la licencia, debe remitir copia de la misma a las autoridades correspondientes dentro de los 5 días siguientes a la expedición del acto.⁵

En cumplimiento de la precitada norma, la Curadora Urbana No. 1 de Santiago de Cali, mediante oficio de 26 de agosto de 2002, remitió a la Secretaría de Gobierno

⁴ Folios 36 y 37 del cuaderno principal.

⁵ Decreto 1052 de 1998. Artículo 83. Control. En desarrollo del artículo 61 del Decreto 2150 de 1995, corresponde a los alcaldes municipales o distritales directamente o por conducto de sus agentes, ejercer la vigilancia y control durante la ejecución de las obras, con el fin de asegurar el cumplimiento de la licencia de urbanismo o de construcción y de las demás normas y especificaciones técnicas contenidas en el plan de ordenamiento territorial, sin perjuicio de las facultades atribuidas a los funcionarios del Ministerio Público y de las veedurías en defensa tanto del orden jurídico, del ambiente y del patrimonio y espacios públicos, como de los intereses de la sociedad en general y los intereses colectivos.

Para tal efecto, dentro de los cinco (5) días siguientes a la expedición de la licencia, el curador o la entidad que haya expedido la licencia, remitirá copia de ella a las autoridades previstas en este artículo.

de Cali copia de la licencia identificada con el No. 0493, esto es, la otorgada mediante el acto administrativo que en este proceso se demanda.

El día 13 de agosto de 2004, el señor Alcalde del municipio de Cali, promovió demanda contra la referida licencia de construcción por estimar que la misma contrariaba las normas del Plan de Ordenamiento Territorial, contenidas en el Acuerdo 069 de 2000.

El Acuerdo 069 de 2000, Plan de Ordenamiento Territorial de Cali, consagra en el Libro 1°, Título 1°, Capítulo VI, artículos 162 a 198 el *“Estatuto de usos del suelo y demás normas urbanísticas para el Municipio de Santiago de Cali”*, los elementos del patrimonio cultural bajo la clasificación de bienes de interés cultural y en el literal c) del artículo 173, refiere lo relativo al Patrimonio Urbano Arquitectónico, incluyendo dentro de esta categoría los inmuebles aislados de interés patrimonial (**recintos** e hitos urbanos) y en el listado de recintos localizados en el municipio, en el numeral 5, incluye al **“Parque del Corazón o del Perro”**, ubicado en la calle 3 Oeste, Carrera 34.

En el subcapítulo 3, artículo 181, contiene las normas generales para la protección de los **recintos urbanos**, señalando que los recintos descritos en el POT se someten al Tratamiento de Preservación, lo que significa que las acciones que en ellos se adelanten apuntan a la permanencia del recinto en su estado físico actual, sin introducirle cambio alguno que afecte su espacialidad y materialidad. En el párrafo prevé que: “Los predios con frente a los recintos tienen el siguiente régimen de altura: (...)”

“Parque del corazón o del Perro: altura máxima: 3 Pisos”.

De conformidad con el artículo 396 del Plan de Ordenamiento Territorial, en los sectores urbanizados, desarrollados o consolidados de la ciudad, las licencias de construcción deben expedirse con base en la línea de demarcación, entendida como el perfil vial para determinado predio, que expida la entidad municipal competente, así prevé:

“Artículo 396: Línea de Demarcación. En los sectores urbanizados, desarrollados o consolidados de la ciudad, las licencias de construcción que concedan los Curadores Urbanos para edificaciones nuevas (...) deberán expedirse con base en la Línea de Demarcación que para

cada predio o inmueble expida la Entidad Municipal Competente, en la cual se determinará el lindero entre el lote o inmueble respecto de las áreas de uso público y elementos a preservar cuando hubiere lugar (...).”

Los Acuerdos 30 de 1993 y 10 de 1994, anterior Estatuto de Uso del Suelo, disponían que la Línea de Construcción o Paramento se define como “el límite de construcción por el frente del primer piso de una construcción” y como Línea de Demarcación el “lindero de un lote y las áreas de uso público”.

La Línea de demarcación, establece en estos términos la línea divisoria entre un lote y las áreas de uso público.

La Licencia de Construcción CU1 – 493 de 2002 fue otorgada para la construcción de un edificio de cuatro (4) pisos como se lee de su texto y de los planos adjuntos a la misma obrantes a folio 17 y 19 del Cuaderno 5.

Igualmente, revisado el plano de la fachada principal (fl. 19 cdno. 5) la construcción autorizada se ubica frente al Parque del Perro.

Ahora bien de acuerdo con las pruebas aportadas se tiene:

1.- Ante queja formulada por la señora HELLY BOURCHARTH DE ECHEVERRY, radicada con el número QAP-17075 dirigida a Planeación Municipal, por la obra de cuatro pisos adelantada en la Carrera 34 con Calle 3 Oeste Esquina, con el objeto de que se indagara sobre el cumplimiento de las exigencias establecidas en los artículos 173, 181, 184 del POT, relacionados con la preservación del Patrimonio Urbano Arquitectónico.

2.- La Secretaría de Gobierno, Convivencia y Seguridad, mediante visita realizada por el Técnico Hernán Jiménez registró:

“La obra consiste en un edificio de 5 pisos, la construcción se encuentra en proceso de repello, el piso 5° se encuentra sin cubierta. No presentaron planos aprobados ni licencia de construcción, se dejó citación con el fin de que presenten los planos y la licencia, para verificar la construcción y lo aprobado.”

3.- En atención a la citación la señora María Cristina Castañeda Trujillo presentó, en su calidad de propietaria del predio en cuestión, sus argumentos de defensa.

4.- La Secretaría de Gobierno, una vez escuchada la versión de la titular de la licencia, encontró que la edificación cuenta con licencia de construcción expedida por la Curaduría Urbana Uno, mediante Resolución CU1-0493 de agosto 22 de 2002, expedida para construir un edificio de cuatro (4) pisos destinado a vivienda multifamiliar en el predio ubicado en la Calle 3ª Oeste No. 34-15 Barrio San Fernando, con frente al Parque del Perro.

5.- Igualmente se estableció que la Secretaría de Gobierno, Convivencia y Seguridad emitió concepto línea de demarcación No. 1931 de abril 11 de 2002 para el predio ubicado en la Calle 3 Oeste 34-15.

6.- La Comisión de Veeduría, solicitó a la Curadora 1, revocar la licencia de construcción por ser contraria a las normas del POT, pues se había autorizado una construcción de cuatro (4) pisos cuando sólo era viable de acuerdo al POT tres (3) pisos, por encontrarse ubicado frente a un recinto sometido al tratamiento de Preservación.

7.- Ante esta solicitud con oficio No. 05286, la Curadora Uno solicitó a los propietarios del predio su consentimiento para revocar la licencia, quienes en escrito de 27 de mayo de 2004, no lo otorgaron.

8.- La Curaduría Uno de Santiago de Cali afirmó que el inmueble objeto de la licencia no se encontraba ubicado frente al parque del Perro, sino a la Calle 3 Oeste y en razón a que las autoridades municipales no determinaron en la Línea de Demarcación la existencia de un elemento a preservar, para este caso el límite de tres (3) pisos, acorde con el parágrafo del artículo 181, no estaba obligada a establecerlo de esa manera.

Dentro de este contexto, la Sala considera:

1) Que en el proceso objeto de la presente demanda, no se cuestiona si la Curadora contaba con los elementos para establecer el límite de construcción de la obra, sino si con la expedición de la Licencia de Construcción se desconocieron las disposiciones contenidas en el Acuerdo 069 de 2000, que adoptó el Plan de Ordenamiento Territorial para el municipio de Santiago de Cali.

2) La licencia de construcción se expidió para realizar una obra en la Calle 3 Oeste # 34-15 que acorde con lo dispuesto por el Plan de Ordenamiento Territorial limita la obra a tres (3) pisos.

3) No asiste razón a la Curaduría Urbana 1 en cuanto afirma que la autoridad competente no estableció en la línea de demarcación No. 1931 de 11 de abril de 2002,⁶ la limitación en la construcción a tres (3) pisos por encontrarse ubicado el predio en una zona de preservación, por cuanto como se afirma en Oficio LDD-6690-03 de 25 de abril de 2003 el profesional que expidió la Línea de Demarcación No. 1931 de 11 de abril de 2002, advierte que tales datos se consignaron de forma expresa en la Demarcación cuya copia obra a folio 38 del cuaderno principal, y en la licencia de construcción, artículo segundo, en el cual se lee:

“ARTÍCULO 2. PARA LA CORRECTA APLICACIÓN DE LAS DISPOSICIONES QUE SE ESTABLECEN EN LA PRESENTE RESOLUCIÓN, SE TENDRÁ EN CUENTA LA SIGUIENTE INFORMACIÓN BÁSICA:

*LÍNEA DE DEMARCACIÓN O ESQUEMA BÁSICO No. 1931 de año 2002 mes: 04 día: 11
AREA DE ACTIVIDAD: RP-TRATAMIENTO PAM (...)*”

Lo anterior significa que el Área de Actividad corresponde a Residencial Predominante “RP” y Tratamiento: Preservación Ambiental “PAM”.

4) De conformidad con los planos aprobados por la curadora Urbana No. 1 y que hacen parte de la licencia de construcción, se tiene claramente la ubicación del predio frente del Parque del Perro, destacándose en letra grande su ubicación, como lo advierte la delineación urbana con línea de demarcación (fl. 39) y el funcionario de la Secretaría de Gobierno, Convivencia y Seguridad en oficios obrantes a folio 49 a 51 y 110 a 111 del Cuaderno Principal.

En estos términos, la Sala advierte que al haberse expedido por la Curaduría Urbana 1 de Santiago de Cali la Licencia de Construcción No. CU1 – 0493 que autorizó a los señores Jorge Enrique Álvarez Pinzón y María Cristina Castañeda la construcción de un edificio constante de cuatro (4) pisos destinado a vivienda multifamiliar, edificación esquinera levantada sobre el predio ubicado en la Calle 3

⁶ (fl. 38 cdno. Principal)

Oeste No. 34-15, ubicada al frente del parque del Perro o del Corazón, se contraría lo previsto en el artículo 181 parágrafo del Acuerdo 069 de 2000, Plan de Ordenamiento Territorial de la ciudad.

Así las cosas habrá lugar a declarar la nulidad parcial de la licencia de construcción en cuanto se otorgó para construir cuatro pisos y no tres, como lo establece el Plan de Ordenamiento Territorial de la ciudad de Cali, por encontrarse ubicado frente al recinto denominado Parque del Perro.

En consecuencia se dispondrá que el alcalde municipal de la ciudad de Santiago de Cali adopte las medidas a que haya lugar para restablecer el patrimonio urbanístico de la ciudad previsto en el Plan de Ordenamiento Territorial, acorde con lo dispuesto en la Ley 388 de 1997.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

F A L L A :

PRIMERO.- MODIFÍCASE la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca de 19 de febrero de 2010, en los términos expuestos en este proveído, la cual quedará así:

SEGUNDO.- DECLÁRASE la nulidad parcial de la Resolución No. CU1 – 0493 de agosto 22 de 2002, “por medio de la cual se expide una licencia de construcción para desarrollar un proyecto de construcción nueva” expedida por la Curaduría No. 1 de Santiago de Cali, en el entendido de que la nulidad se limitará a la autorización para la construcción de cuatro (4) pisos, pues lo permitido son sólo tres (3) pisos.

TERCERO.- ÓRDENASE al Alcalde Municipal de Santiago de Cali, adelantar las actuaciones administrativas a que haya lugar para restablecer el patrimonio urbanístico de la ciudad previsto en el Plan de Ordenamiento Territorial, acorde con lo dispuesto en la Ley 388 de 1997.

CUARTO.- Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Se deja constancia que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión de la fecha.

GUILLERMO VARGAS AYALA

Presidente

Salvo Voto

MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ

MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO

MARCO ANTONIO VELILLA MORENO

FACULTADES DEL JUEZ CUANDO APELAN AMBAS PARTES / A TRAVÉS DE LA ACCIÓN DE SIMPLE NULIDAD NO SE PUEDE ORDENAR RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Como puede verse, los apelantes en este caso fueron la parte demanda y los terceros, de manera tal que no puede aplicarse la excepción contenida en el artículo 357 del CCA para que el Juez se pronuncie sin limitaciones cuando ambas partes sean las que apelen. Bajo estas precisiones conceptuales, se tiene que la Sala, como Juez de segunda instancia en este caso, no podía enmendar la providencia recurrida tal y como acaeció al resolver el recurso. La enmienda del fallo de primera instancia se encuentra precisamente en el fundamento de la decisión del ad quem, teniendo en cuenta que acepta el yerro en que incurrió el tribunal de primera instancia al interpretar la acción como de lesividad, y lo corrige interpretando la acción como de simple nulidad. Así las cosas la Sala desbordó los límites de su competencia como Juez de segunda instancia, enmendando el error en que había incurrido el Tribunal Administrativo del Valle a pesar de que el recurso de alzada sólo fue interpuesto por una de las partes, desconociendo de esa forma lo dispuesto por el artículo 357 del C.C.A. Tal y como se indicó, inicialmente la “Teoría de los Móviles y Finalidades” se precisaba que no es la generalidad del acto administrativo la que determina la procedencia de la acción. Como su nombre lo indica, esta tesis sugiere que los motivos y fines que la ley ha señalado para la acción deben coincidir con los que impulsan al actor a ejercitarla, dichos fines no son otros que los de proteger el ordenamiento jurídico en abstracto y someter a las autoridades al imperio de la Constitución y la Ley. Como consecuencia de lo anterior, la jurisprudencia estableció que para determinar la procedencia de la acción era necesario auscultar la “Pretensión Litigiosa” planteada por el accionante, de forma tal

que si con ella se persigue no solamente la declaratoria de nulidad sino además el restablecimiento del derecho, la acción procedente es la de nulidad y restablecimiento del derecho.

FUENTE FORMAL: CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – ARTICULO 357

NOTA DE RELATORIA: Teoría de los Móviles y Finalidades, Consejo de Estado, sentencia de 10 de agosto de 1961, MP. Carlos Gustavo Arrieta Alandete.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA

SALVAMENTO DE VOTO DE GUILLERMO VARGAS AYALA

Expediente número: 76001-23-31-000-2004-02807-01

Actor: MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI

Demandado: CURADURIA URBANA NUMERO 1 DE SANTIAGO DE CALI

Referencia: SALVAMENTO DE VOTO

El suscrito se apartó de la decisión adoptada por la mayoría de la Sala al encontrarme en desacuerdo, en particular en los siguientes aspectos: (i) La incongruencia entre los argumentos esgrimidos para derrotar el proyecto de fallo inicialmente presentado y las consideraciones de la decisión finalmente aprobada. (ii) Los límites al Juez de segunda instancia (iii) La naturaleza de la acción de simple nulidad y la imposibilidad de que a través de ella se ordene un restablecimiento del derecho.

1. Los argumentos por los cuales se derrotó el proyecto de fallo que el suscrito, no son los mismos esgrimidos en el fallo finalmente aprobado

1.1.- El proyecto de fallo derrotado, encontraba acertado el argumento expuesto en el recurso de apelación por parte de la Curaduría Urbana No. 1 de Cali, en el sentido de que la acción interpuesta por el Municipio de Santiago de Cali no podía ser otra que la de nulidad y restablecimiento de derecho que se encuentra sujeta a un término de caducidad de 4 meses, toda vez que lo pretendido por el actor era la declaratoria de nulidad de un acto particular y concreto (licencia de construcción) proferido por un

particular investido de funciones administrativas (Curador) y el correlativo restablecimiento del derecho.

1.2.- Sin embargo los demás miembros de la Sala desestimaron la tesis expuesta, bajo la consideración según la cual la acción ejercida por el actor debía interpretarse como de lesividad y por tanto se encontraba sujeta a un término de caducidad de 2 años. En ese sentido se prohija la posición asumida por el Tribunal Administrativo del Valle al resolver el asunto en primera instancia.

1.3.- La situación descrita muestra que la mayoría de la Sala estaba de acuerdo con confirmar el fallo apelado porque compartía en su totalidad los argumentos de que se valió el *a quo* para acceder a las pretensiones de la demanda.

1.4.- En tal sentido el proyecto fue derrotado y pasó al magistrado que seguía en turno para proyectar nueva ponencia, la cual debía contener la posición que impuso la mayoría de la Sala y por la cual fue vencido el proyecto inicialmente presentado.

1.5.- No obstante, el fallo recoge, incluso, con idénticos argumentos a los esbozados en el proyecto derrotado⁷, la posición sentada en éste y que fue resumida en el literal 1.1. de este salvamento.

1.6.- Lo descrito muestra que no existe congruencia entre los argumentos que sirvieron para improbar el proyecto de fallo presentado por el ponente original y los expuestos en el fallo finalmente aprobado. Con todo, el suscrito se encuentra en desacuerdo con la situación descrita al considerar que el fallo debió sustentarse en la tesis esgrimida para derrotar el proyecto inicialmente presentado.

2.- Los límites al Juez de segunda instancia

2.1.- La decisión adoptada por la Sala desconoce la limitación que tiene el Juez de segunda instancia cuando una sola de las partes apele el fallo de primera instancia.

2.2.- La contradicción en la que incurre la Sala en este punto salta a la vista, ya que en esta se reconoce la limitación que el Juez de segunda instancia tiene cuando el fallo no sea apelado por ambas partes, y sin embargo señala que su competencia es ilimitada para pronunciarse sobre cualquier aspecto del proceso no obstante que en este caso solo apelaron la parte demandada y los terceros. Al respecto se lee en el fallo:

⁷ Párrafo 2 y 3 de la página 15.

“De conformidad con lo establecido en el artículo 357 del C.C.A., que regula la competencia del superior cuando decide el recurso de apelación, ésta “se entiende interpuesta en los desfavorable al apelante, y por lo tanto el superior **no podrá enmendar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso**, salvo que en razón de la reforma fuera indispensable hacer modificaciones sobre puntos íntimamente relacionados con aquella. Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones”. En el presente caso, **como el recurso de apelación fue interpuesto por la Curaduría Urbana No. 1 de Santiago de Cali y los terceros interesados, la Sala se pronunciará sobre los argumentos esbozados por las partes intervinientes en el proceso, sin limitación alguna respecto de las pretensiones de la demanda.**”
(Negritas fuera del texto original)

2.3.- Como puede verse, los apelantes en este caso fueron la parte demanda y los terceros, de manera tal que no puede aplicarse la excepción contenida en el artículo 357 del CCA para que el Juez se pronuncie sin limitaciones cuando **ambas partes** sean las que apelen.

2.4.- El concepto de partes en el proceso, y por tanto a la cual hace referencia la norma aludida, se refiere al demandante y al demandado o a quienes hagan parte del Litis consorcio que se integre en el proceso. Por su parte, el tercero es “todo sujeto de derecho que sin estar mencionado como parte demandante o parte demanda en la demanda, ingresa al proceso por reconocérsele una calidad diversa a la de litisconsorte necesario, facultativo

o cuasinecesario y que de acuerdo con la índole de su intervención podrán o no quedar vinculados con la sentencia”⁸

2.5.- Bajo estas precisiones conceptuales, se tiene que la Sala, como Juez de segunda instancia en este caso, no podía enmendar la providencia recurrida tal y como acaeció al resolver el recurso. La enmienda del fallo de primera instancia se encuentra precisamente en el fundamento de la decisión del *ad quem*, teniendo en cuenta que acepta el yerro en que incurrió el tribunal de primera instancia al interpretar la acción como de lesividad, y lo corrige interpretando la acción como de simple nulidad.

2.6.- Así las cosas la Sala desbordó los límites de su competencia como Juez de segunda instancia, enmendando el error en que había incurrido el Tribunal Administrativo del Valle a pesar de que el recurso de alzada sólo fue interpuesto por una de las partes, desconociendo de esa forma lo dispuesto por el artículo 357 del C.C.A.

3.- La naturaleza de la acción de simple nulidad y la imposibilidad de que a través de ella se ordene un restablecimiento del derecho.

⁸ López Blanco Hernán Fabio. Derecho Procesal Civil Colombiano Parte General Tomo I. Dupre Editores
Bogotá 1997, página 293

3.1.- La mayoría de la Sala estimó que el tribunal de primera instancia había interpretado indebidamente la acción ejercida por el Municipio de Santiago de Cali, y en ese orden llegó a la conclusión de que la acción era la de simple nulidad contemplada en el artículo 84 del C.C.A.

3.2.- El fundamento tenido en cuenta para concluir que la acción era de la nulidad, consistió en que **“el objeto de la presente demanda radica únicamente en la tutela del orden jurídico en abstracto, en aras de garantizar el interés general, el Alcalde de Santiago de Cali estaba legitimado para promover la acción de legalidad”**.⁹

3.3.- Esa afirmación contenida en la *ratio decidendi* no se compadece con la realidad procesal, y para demostrarlo basta con reparar en la pretensión de la demanda y la parte resolutive de la sentencia, en las cuales se nota que el querer del actor, además de la declaración de nulidad de acto acusado, es restablecer el derecho.

3.4.- Siendo ello así, resulta imposible aplicar la teoría de los móviles y las finalidades para explicar en este caso la procedencia de la acción de simple nulidad contra actos de carácter particular.

3.5.- Ciertamente, esta teoría, que encuentra su origen en la jurisprudencia de esta corporación, tuvo varias fases que es del caso recordar con el efecto de señalar que, cuando el actor pretende una restablecimiento del derecho, no es factible que la acción a impetrar frente al acto particular sea la de simple nulidad.

3.6.- Así, la jurisprudencia del Consejo de Estado reguló la materia mediante sentencia de 10 de agosto de 1961 con ponencia del doctor Carlos Gustavo Arrieta Alandete, dando origen a la teoría conocida como “Móviles y Finalidades”. Conforme esa jurisprudencia no era la generalidad o particularidad del acto el elemento determinante para la procedencia de la acción, si no los móviles y finalidades que la ley le otorga a la acción de simple nulidad los elementos determinantes para ello.

3.7.- La tesis referida no varió en sí misma, sino que a ella se sumaron otras consideraciones que la complementaron y que fueron conocidas como la “Pretensión Litigiosa”, la “Regulación Legal” y la “Afectación Grave del Orden Público Social o Económico”; todas ellas como reglas de procedibilidad de la acción de simple nulidad contra actos de contenido particular y concreto.

3.8.- Tal y como se indicó, inicialmente la “Teoría de los Móviles y Finalidades” se precisaba que no es la generalidad del acto administrativo la que determina la procedencia de la acción. Como su nombre lo indica, esta tesis sugiere que los motivos y fines que la ley ha señalado para la acción deben coincidir con los que impulsan al actor a ejercitarla, dichos fines no

⁹ Página 18 del fallo.

son otros que los de proteger el ordenamiento jurídico en abstracto y someter a las autoridades al imperio de la Constitución y la Ley.¹⁰

3.9.- Bajo esta premisa, la acción procederá siempre que el móvil y fin del actor sea única y exclusivamente proteger el orden jurídico, y que de obtener una sentencia favorable no devenga un restablecimiento automático del derecho. Si concurren estas dos condiciones, la acción de simple nulidad podrá ser interpuesta contra actos particulares.

3.10.- Como consecuencia de lo anterior, la jurisprudencia estableció que para determinar la procedencia de la acción era necesario auscultar la "Pretensión Litigiosa" planteada por el accionante, de forma tal que si con ella se persigue no solamente la declaratoria de nulidad sino además el restablecimiento del derecho, la acción procedente es la de nulidad y restablecimiento del derecho.¹¹

3.11.- Paradójicamente, el fallo del cual me aparto cita jurisprudencia que confirma esta posición, según la cual en este tipo de acciones la competencia del Juez "**se limita a decretar la simple anulación sin adicionar ninguna otra declaración**"¹². Sin embargo, en la parte resolutive se ordena a la Alcaldía de Santiago de Cali "adelantar las actuaciones administrativas a que haya lugar para restablecer el patrimonio urbanístico de la ciudad previsto en el Plan de Ordenamiento Territorial", orden que escapa, desde todo punto de vista, a la naturaleza de la acción de nulidad.

En esos términos me permito, con todo respeto, dejar sentado mi salvamento de voto,

GUILLERMO VARGAS AYALA

Fecha *ut supra*.

¹⁰ Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 4 de marzo de 2003. Rad 5683, C. P. Manuel S. Urueta Ayola.

¹¹ Ostau de Lafont Pianeta Rafael E. Extensión Jurisprudencial de la Teoría de los Móviles y las Finalidades y otros temas. Conferencia dictada en el marco de XI encuentro de la Jurisdicción de Lo Contencioso Administrativo. Septiembre de 2005.

¹² Cita hecha en el fallo en la página 17.